



RAPPORT DE M. BARINCOU, CONSEILLER

Arrêt n° 1083 du 23 octobre 2024 (B) – Chambre sociale

Pourvoi n° 23-16.479

Décision attaquée : Cour d'appel de Paris du 6 avril 2023

Le syndicat FEP [Localité 3]

C/

Mme [L] [I]

Les parties sont avisées que le présent rapport propose un rejet non spécialement motivé des premier, deuxième et quatrième moyens qui ne paraissent manifestement pas de nature à entraîner la cassation.

Elles sont en outre avisées qu'une cassation sans renvoi est proposée au cas où, à l'issue de son délibéré, la chambre sociale déciderait de casser l'arrêt attaqué uniquement sur la seconde branche du troisième moyen. Elle pourrait alors en effet statuer au fond en jugeant que l'indemnité équivalente aux salaires que la salariée aurait dû percevoir est due seulement à compter de l'expiration du délai de préavis.

Les parties sont invitées à présenter leurs éventuelles observations dans un délai d'un mois à compter de la mise en ligne du présent rapport.

1 - Rappel des faits et de la procédure

Mme [I] a été engagée, en qualité de responsable administratif et comptable, par le syndicat Fédération des entreprises de propreté [Localité 3] (la FEP) le 12 juin 2018, avec un statut cadre, échelon C3, moyennant une rémunération mensuelle brute de 3 840 euros pour une durée de travail hebdomadaire de 35 heures.

Le 15 décembre 2018, la salariée a adressé à sa supérieure hiérarchique un courriel pour demander le paiement d'un treizième mois et d'une prime, en invoquant un usage interne à l'entreprise et en joignant à son envoi un tableau reprenant les éléments de salaire des salariés de la FEP depuis plusieurs années.

Le 17 décembre 2018, la salariée a été convoquée à un entretien préalable à un éventuel licenciement et elle a été dispensée d'activité jusqu'à l'issue de la procédure.

Son licenciement lui a été notifié par lettre du 4 janvier 2019, son employeur lui reprochant d'avoir transmis, à l'appui de ses revendications, des données personnelles et confidentielles ayant trait à la rémunération de ses collègues et prédécesseur.

Le 22 mars 2019, la salariée a saisi la juridiction prud'homale en demandant que soit prononcée la nullité de son licenciement, sa réintégration ainsi que le paiement de rappels de salaires, des dommages-intérêts pour exécution de mauvaise foi du contrat de travail et, subsidiairement, une indemnité pour licenciement sans cause réelle et sérieuse.

Par jugement du 22 avril 2021, le conseil de prud'hommes a débouté la salariée de l'intégralité de ses demandes.

Par arrêt du 6 avril 2023, la cour d'appel de Paris a prononcé la nullité du licenciement, ordonné la réintégration de la salariée et condamné son employeur à lui payer indemnité équivalente aux salaires qu'elle aurait dû percevoir depuis son licenciement jusqu'à sa réintégration, sans déduction des revenus de remplacement, outre un rappel de salaire au titre du treizième mois pour les années 2018 et 2019.

L'employeur a formé un pourvoi le 31 mai 2023.

Le mémoire ampliatif a été déposé le 26 septembre 2023 (article 700 : 3 500 euros).

Le mémoire en défense a été déposé le 27 novembre 2023 (article 700 : 3 500 euros).

2 - Analyse succincte des moyens

Par un **premier moyen**, l'employeur fait grief à l'arrêt de prononcer la nullité du licenciement, d'ordonner la réintégration de la salariée et de le condamner à lui payer une indemnité équivalente aux salaires qu'elle aurait dû percevoir depuis son licenciement jusqu'à sa réintégration sur la base d'un salaire mensuel brut de 3 901,44 euros sans déduction des revenus de remplacement, alors :

« 1° / que la communication par un salarié de données personnelles concernant certains de ses collègues et prédécesseurs, dont il a eu connaissance grâce à ses fonctions, aux fins d'appuyer une revendication personnelle, constitue un manquement à son obligation de loyauté et à son obligation de discrétion, peu important que la communication se fasse au seul supérieur hiérarchique, susceptible d'avoir connaissance de ces données et que le salarié les lui ait précédemment déjà transmises ; qu'en l'espèce, l'employeur faisait valoir que le contrat de travail de Mme [I], responsable administrative et comptable, prévoyait en son article 8 une obligation de discrétion de la salariée concernant les informations recueillis durant sa période de travail venant s'ajouter à l'obligation de bonne foi dans l'exécution du contrat de travail

(conclusions d'appel, p. 9) ; qu'il était constant que Mme [I] avait adressé un courriel à sa supérieure hiérarchique le 15 décembre 2018 en lui communiquant, à l'appui de sa revendication d'un 13^e mois, le montant des salaires de certains de ses collègues et prédécesseurs de 2013 à 2018 ; que pour considérer que les faits reprochés à la salariée à l'appui du licenciement n'étaient pas établis et en déduire que la véritable cause du licenciement était l'exercice par la salariée de sa liberté d'expression dont l'abus n'était pas établi, la cour d'appel a énoncé que la « révélation » par la salariée du montant des salaires de certains de ses collègues et prédécesseurs n'était pas établie dès lors que la seule destinataire du tableau contenant les données était la déléguée générale de l'association, supérieure hiérarchique de la salariée, pouvant avoir connaissance, elle aussi, des données relatives à la rémunération de ses subordonnés et connaissant au moins les siennes, comprises dans le tableau, et que la salariée les lui avait transmises précédemment en pièce jointe dans un mail du 20 novembre 2018 intitulé salaires de 2013 à 2018 ; qu'en statuant de la sorte, la cour d'appel a statué par des motifs inopérants et a privé sa décision de base légale au regard des articles L. 1222-1, L. 1235-1 et L. 1235-3-1 du code du travail ;

2° / qu'un motif hypothétique équivaut à un défaut de motif ; qu'en l'espèce, en affirmant, pour considérer que la « révélation » par la salariée du montant des salaires de certains de ses collègues et prédécesseurs n'était pas établie, que la seule destinataire du tableau contenant les données était la déléguée générale de l'association, supérieure hiérarchique de la salariée, « pouvant » avoir connaissance, elle aussi, des données relatives à la rémunération de ses subordonnés, la cour d'appel a statué par un motif hypothétique en violation de l'article 455 du code de procédure civile ;

3° / qu'un motif hypothétique équivaut à un défaut de motif ; qu'en l'espèce, en retenant à l'appui de sa décision, pour considérer qu'un doute existait sur l'existence d'instructions de la supérieure hiérarchique de Mme [I] à l'origine de la communication des données litigieuses, que des discussions s'étaient « nécessairement » tenues entre la salariée et sa supérieure hiérarchique ayant d'ailleurs abouti à un relèvement de sa rémunération fixe au bout de six mois d'ancienneté, la cour d'appel a derechef statué par un motif hypothétique et violé l'article 455 du code de procédure civile ;

4° / que la charge de la preuve de la cause réelle et sérieuse de licenciement n'incombe spécialement à aucune des parties ; que si le doute profite au salarié, c'est seulement lorsque celui-ci subsiste sur la réalité du fait invoqué à l'appui du licenciement ; que lorsque ce fait est matériellement établi, il incombe au salarié qui invoque un fait justificatif de l'établir ; qu'en l'espèce, il était constant que la salariée, responsable administrative et comptable, avait adressé un courriel à sa supérieure hiérarchique le 15 décembre 2018 afin de revendiquer un 13^e mois en lui communiquant à l'appui de cette revendication le montant des salaires de certains de ses collègues et prédécesseurs de 2013 à 2018, de sorte qu'il appartenait à la salariée, qui prétendait avoir agi sur instructions sur sa supérieure, de le démontrer, ce d'autant que la cour d'appel a constaté que l'employeur avait produit une attestation de cette dernière démentant toute demande de sa part ; qu'en retenant cependant que le doute profitait à la salariée sur ce point, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-1 du code du travail, ensemble l'article L. 1235-3-1 du même code. »

Par un **deuxième moyen**, l'employeur fait grief à l'arrêt d'ordonner la réintégration de la salariée à son emploi ou un emploi équivalent et de le condamner à payer à cette dernière une indemnité équivalente aux salaires qu'elle aurait dû percevoir depuis son licenciement jusqu'à sa réintégration sur la base d'un salaire mensuel brut de 3 901,44

euros sans déduction des revenus de remplacement, alors que « en cas de nullité du licenciement, la réintégration ne peut être ordonnée lorsqu'elle est impossible ; qu'une telle impossibilité est caractérisée lorsque le salarié a retrouvé un emploi ; qu'en l'espèce, en affirmant que la circonstance que la salariée ait trouvé un nouvel emploi ne suffisait pas à caractériser l'impossibilité matérielle de réintégration, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-3-1 du code du travail. »

Par un **troisième moyen**, l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à la salariée une indemnité équivalente aux salaires qu'elle aurait dû percevoir depuis son licenciement jusqu'à sa réintégration sur la base d'un salaire mensuel brut de 3 901,44 euros sans déduction des revenus de remplacement, alors :

« 1° / que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'écoule jusqu'à sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé ; qu'en affirmant que les revenus perçus par la salariée pendant la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration ne pouvaient être déduits, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-3-1 du code du travail

2° / que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration ne peut prétendre, lorsqu'il a déjà perçu l'indemnité compensatrice de préavis, aux salaires dès la date de son licenciement mais seulement à compter de l'issue du préavis ; qu'en condamnant l'employeur à payer à la salariée une indemnité équivalente aux salaires qu'elle aurait dû percevoir depuis son licenciement jusqu'à sa réintégration, quand il était constant qu'elle avait perçu une indemnité compensatrice de préavis, la cour d'appel a violé l'article L. 1235-3-1 du code du travail. »

Par un **quatrième moyen**, l'employeur fait grief à l'arrêt de le condamner à payer à la salariée des sommes au titre du 13^e mois pour les années 2018 et 2019, alors :

« 1° / que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits ; qu'en l'espèce, le contrat de travail de Mme [I] prévoyait en son article 4 que la salariée percevrait « une rémunération brute annuelle de 46 080 euros soit 3 840 euros par mois pour 151,67 heures », de sorte qu'il prévoyait le versement du salaire annuel en 12 mensualités ($46\,080 = 12 \times 3\,840$) et excluait le versement d'un 13^e mois qui aurait porté la rémunération annuelle à une somme supérieure à celle de 46 080 euros ; qu'en énonçant, pour accorder à la salariée un 13^e mois, que l'employeur, en se contentant d'affirmer que la salariée avait choisi de recevoir sa rémunération sur douze mois lors de la signature du contrat de travail, échouait à démontrer que par là même, elle entendait renoncer à bénéficier du treizième mois qu'il versait aux autres salariés, la cour d'appel a méconnu la loi des parties et violé l'article 1103 du code civil ;

2° / qu'il incombe au salarié qui invoque l'existence d'un usage de rapporter la preuve d'une pratique fixe, générale et constante ; qu'en reprochant à l'employeur de ne pas démontrer que le versement d'un 13^e mois ne constituait pas un usage général, fixe et constant, la cour d'appel a inversé la charge de la preuve et violé l'article 1353 du code civil. »

3 - Propositions de rejet non spécialement motivé

Premier moyen

En l'espèce, l'arrêt constate que l'employeur, dans la lettre de licenciement, reprochait à la salariée d'avoir pris l'initiative de révéler le montant des salaires de certains de ses collègues et prédécesseurs, ce dont il découlait une perte de confiance, puis retient que la « révélation » alléguée n'est pas établie dès lors que la seule destinataire du tableau contenant les données était la supérieure hiérarchique de la salariée, pouvant avoir connaissance, elle aussi, des données relatives à la rémunération de ses subordonnés, d'autant plus que la salariée les lui avait déjà transmises dans un mail du 20 novembre 2018.

L'arrêt ajoute que la salariée conteste avoir pris l'initiative de ce tableau et prétend avoir agi sur les instructions de sa supérieure hiérarchique qui le conteste. Relevant que des discussions se sont nécessairement tenues entre la salariée et sa supérieure hiérarchique, ayant d'ailleurs abouti à un relèvement de sa rémunération, l'arrêt retient que le doute sur ce point doit profiter à la salariée.

Il en déduit que les faits ne sont pas établis puis rappelle que, en l'absence de toute faute du salarié, l'employeur ne peut pas invoquer une perte de confiance comme motif du licenciement de sorte que ce dernier est dépourvu de cause réelle et sérieuse.

Première branche :

Le grief n'est pas fondé : ayant constaté, par une appréciation souveraine des éléments de fait et de preuve, que la salariée avait transmis à sa supérieure hiérarchique des informations auxquelles celle-ci avait accès, en raison de ses fonctions, ou qu'elle connaissait déjà, la cour d'appel en a exactement déduit que ces faits n'étaient pas fautifs et ne caractérisaient donc aucun manquement à l'obligation contractuelle de discrétion ou à l'obligation de loyauté.

En l'espèce, la salariée exerçait les fonctions de responsable administrative et comptable de l'association sous la responsabilité directe de la déléguée générale de celle-ci. Son contrat de travail prévoyait, en son article 8, qu'elle est « tenue à l'obligation de discrétion concernant les renseignements qu'elle aura pu obtenir durant sa période de travail » ainsi qu'à « une obligation de bonne foi dans l'exécution de son contrat de travail ».

Ainsi que le confirment les arrêts cités par le mémoire ampliatif, une telle obligation de discrétion interdit au salarié de révéler à des tiers des informations obtenues à l'occasion de l'exécution de son contrat de travail. Elle ne lui interdit bien évidemment pas d'en faire état auprès de son supérieur hiérarchique lorsque celui-ci a accès aux mêmes informations ou les détient déjà.

Deuxième branche :

Ce grief n'est pas fondé : la cour d'appel n'a pas statué par un motif hypothétique.

En jugeant que la « révélation » alléguée n'était pas établie dès lors que la seule destinataire des informations était la déléguée générale de l'association, supérieure hiérarchique de la salariée, pouvant avoir connaissance, elle aussi, des données relatives à la rémunération de ses subordonnés, la cour d'appel a affirmé la conviction qu'elle avait acquise du fait que les fonctions de la déléguée générale de l'association

lui permettaient d'avoir connaissance des données relatives à la rémunération de ses subordonnées.

En effet, dans l'ouvrage La cassation en matière civile, il est indiqué :

Le motif hypothétique est celui qui, au lieu de reposer sur la constatation d'un fait réel et certain, en tout cas d'un fait que le juge tient pour établi, s'appuie sur une hypothèse avouée et gratuite, que le juge émet en tant que telle.

Il se révèle souvent par l'emploi de certaines expressions, telles que la formule « il est vraisemblable », « il existe une possibilité », « tout à fait probable », « il est toutefois plausible » ou « elle peut résulter ». Mais il peut se manifester sous une forme plus subtile, par le fait même que le juge consacre ou refuse de consacrer un droit en s'appuyant sur une simple hypothèse. (...) En revanche, n'a pas un caractère hypothétique, le motif qui retient l'élément d'une alternative par un simple calcul de probabilités. De même, la Cour de cassation a jugé que « l'emploi de verbes au mode conditionnel ne confère pas à la décision un caractère hypothétique ou dubitatif s'il est justifié par des raisons grammaticales.

Le motif hypothétique n'entraîne la censure de l'arrêt qu'à plusieurs conditions, analogues à celles qui sont exigées pour le motif dubitatif : 1° il faut que le motif vicié soit un motif de fait ; 2° il faut qu'il porte sur un point de fait sur lequel le juge du fond était tenu de procéder à une constatation certaine, eu égard au sens et à la teneur de sa décision. Un motif hypothétique ne vicie pas la décision s'il peut être tenu pour surabondant ; 3° il faut enfin que le motif hypothétique ne soit pas corrigé par d'autres constatations, précises et non contradictoires, de l'arrêt. Ainsi l'on ne saurait censurer une décision ayant relevé en termes précis les fautes commises et qui n'a fait des hypothèses que pour expliquer ces fautes.¹

Troisième et quatrième branches :

Ces branches, qui critiquent un motif surabondant, sont inopérantes.

En effet, ayant d'abord retenu que la salariée avait transmis à sa supérieure hiérarchique des informations auxquelles celle-ci avait accès, en raison de ses fonctions, ou qu'elle connaissait déjà, l'arrêt relève, par ailleurs, que la salariée conteste avoir pris l'initiative de ce tableau et prétend avoir agi sur les instructions de sa déléguée générale, ce que celle-ci a démenti.

Le motif de l'arrêt critiqué par ces deux dernières branches du premier moyen, par lequel la cour d'appel relève que des discussions se sont nécessairement tenues entre la salariée et sa supérieure hiérarchique, ayant d'ailleurs abouti à un relèvement de sa rémunération fixe au bout de six mois d'ancienneté, puis retient que le doute à ce propos doit profiter à la salariée, est donc surabondant.

Le moyen n'est donc pas fondé.

Deuxième moyen

Le moyen n'est pas fondé : après avoir relevé que la salariée sollicitait sa réintégration dans l'entreprise et que l'employeur s'y opposait du fait qu'elle avait trouvé un nouvel emploi, l'arrêt, qui retient que la circonstance que la salariée avait trouvé un nouvel emploi ne suffit pas à caractériser l'impossibilité matérielle de réintégration, est ainsi légalement justifié.

¹ Boré, la cassation en matière civile, Dalloz, 6^e édition, 2023-2024, n° 77.167

En effet, lorsque le licenciement est nul, le salarié a droit à réintégration dans son emploi ou, à défaut, dans un emploi équivalent (Soc., 30 avril 2003, n° 00-44.811, Bull., n° 152). Dans un tel cas, le salarié est en « droit de réclamer sa réintégration dans son emploi, demande à laquelle l'employeur est tenu de faire droit dès lors qu'il n'est constaté aucune impossibilité de procéder à cette réintégration » (Soc., 25 février 1998, n° 95-44.019, Bull., n° 102). Une telle impossibilité est appréciée à la date à laquelle le juge statue sur la demande de réintégration (Soc., 26 avril 2006, n° 04-42.681). La chambre exerce un contrôle sur les motifs de l'arrêt caractérisant ou non une impossibilité pour l'employeur de réintégrer le salarié (par exemple : Soc., 2 février 2005, n° 02-45.085, Bull., n° 43 ou Soc., 14 septembre 2016, n° 15-15.944, Bull., n° 164).

Ainsi, une impossibilité matérielle est caractérisée lorsque la société a cessé définitivement son activité et que ses actifs ont été vendus (Soc 15 juin 2005, n° 03-48.094, Bull., n° 202) ; elle peut aussi résulter du comportement du salarié, incompatible avec son maintien dans l'entreprise, tel que des actes de concurrence déloyale (Soc., 25 juin 2003, n° 01-46.479, Bull., n° 206) ou des faits de harcèlement moral commis par le salarié (Soc., 1 décembre 2021, n° 19-25.715, publié).

La chambre sociale juge que « le fait pour un salarié, dont le licenciement a été déclaré nul en application de l'article L. 1152-3 du code du travail, d'être entré au service d'un autre employeur n'est pas de nature à le priver de son droit à réintégration, dès lors que l'employeur ne justifie pas que la réintégration du salarié est matériellement impossible » (Soc., 10 février 2021, n° 19-20.397, publié).

Commentant l'arrêt de 2021, le professeur Lhernould indique :

Une telle solution s'impose de manière évidente. Dans le cas où le salarié aura retrouvé un emploi au moment où la nullité avec réintégration est prononcée, ce qu'il faut lui souhaiter, il lui appartient de dire s'il souhaite être réintégré ou pas. Dans l'affirmative, la rupture de la relation de travail en cours est son affaire. L'employeur n'est pas en droit de déduire l'impossibilité du fait que le salarié serait contractuellement lié pour l'avenir, par exemple parce qu'il serait titulaire d'un CDD en cours. L'employeur ne peut spéculer, comme en l'espèce, sur l'obligation du salarié d'exécuter un préavis avant de pouvoir quitter l'emploi actuel. En d'autres termes, le salarié est maître de son droit à réintégration et peut le faire valoir même si cela le conduit à rompre de manière illégale une relation de travail en cours.

Ce n'est là que l'expression d'une liberté qui lui est conférée par la loi, le salarié pouvant selon son bon-vouloir renoncer à demander la réintégration et solliciter à la place des dommages et intérêts, refuser la réintégration qui lui serait proposée par l'employeur ou exiger la réintégration (...).

La solution issue de l'arrêt commenté ressortait déjà d'affaires anciennes, par exemple une décision dans laquelle la Cour de cassation avait censuré une cour d'appel qui, pour refuser la réintégration des salariés concernés, avait retenu que les postes de ces salariés n'étaient plus vacants, tandis que ceux-ci avaient, compte tenu du temps écoulé, retrouvé un emploi. Pour la Cour de cassation, « en statuant ainsi par un motif qui ne caractérise pas l'impossibilité matérielle de réintégrer les salariés dans leur emploi ou à défaut, dans un emploi équivalent, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. » (Soc., 2 février 2005, n° 02-45.085, Bull., n° 43).²

² P. Lhernouldt, JSL, n° 517, 5 avril 2021

Dans son commentaire de ce même arrêt, le professeur Adam note : « La solution retenue apparaît peu contestable. Rien ne fait en effet du côté de l'employeur obstacle à ce qu'il réintègre le salarié. Le débiteur de l'obligation de réintégration ne peut d'aucune manière prétendre que le salarié est prisonnier de son contrat actuel et que de cette geôle, il ne peut le faire évader. La réintégration crée ici seulement une situation de cumul d'emplois. Au salarié de choisir, si ce cumul entraîne un dépassement de la durée maximale de travail, l'emploi qu'il souhaite conserver ! L'inertie du salarié, invité par l'employeur à régulariser sa situation, l'habiliterait seulement, à mettre en oeuvre une procédure de licenciement. (...) L'arrêt ici rapporté devrait rassurer ceux qui s'inquiétaient d'une admission par trop facile de l'impossibilité matérielle de la réintégration de nature à affaiblir, à affadir, considérablement la sanction de la nullité du licenciement. »³

Le commentateur de cet arrêt à la revue Dalloz actualités indique :

*Il est vrai que la mise en œuvre pratique de la solution soulève quelques interrogations. La compagnie faisait valoir que la réintégration n'était pas envisageable dès lors que le salarié n'était pas immédiatement disponible au jour du prononcé de la décision. En effet, celui-ci occupait un emploi dont il aurait dû démissionner au préalable, après avoir respecté un délai de préavis de deux mois. Pourtant, la chambre sociale n'y voit pas là une impossibilité matérielle d'orchestrer la réintégration du salarié. Le droit à réintégration est donc garanti indépendamment de la situation professionnelle du salarié. Le contraire aurait conduit à un non-sens, sauf à reprocher au salarié d'avoir voulu palier les effets d'une rupture irrégulière dont il a subi les conséquences en étant reverser sur le marché de l'emploi. À l'évidence, le contentieux prud'homal s'inscrit sur un temps long et on ne peut attendre du salarié qu'il reste à la disposition de son employeur dans l'attente d'une possible, mais tout aussi aléatoire, réintégration. Notons que la solution n'est pas nouvelle puisque la Cour de cassation avait déjà admis que l'emploi ultérieur du salarié chez un autre employeur n'était pas de nature à faire obstacle à la réintégration du salarié (Soc., 21 octobre 1992, n° 90-42.477 ; Soc., 22 juin 2004, n° 02-41.689). D'ailleurs, il est intéressant de relever que la chambre sociale reprend mot pour mot l'attendu tel qu'il était formulé dans l'arrêt de 1992.*⁴

Le mémoire ampliatif indique qu'il ne peut continuer à être jugé que le fait que le salarié a retrouvé un nouvel emploi n'est pas de nature à le priver de son droit à réintégration, dès lors que, en ce cas, le salarié, en poste dans une autre entreprise ne peut être réintégré dans celle qui l'a licencié, puisque même s'il démissionnait, il devrait exécuter son préavis.

Ce seul argument, évoqué par les commentaires doctrinaux, ne saurait justifier une modification d'une jurisprudence, ancienne, constante, récemment réaffirmée et unanimement approuvée par la doctrine.

Le moyen n'est donc pas fondé.

Quatrième moyen

Le moyen n'est pas fondé : ayant retenu que la salariée établissait que, mis à part elle-même, tous les autres salariés permanents de la FEP percevaient une prime de treizième mois, la cour d'appel en a justement déduit qu'il appartenait à l'employeur de prouver que cette différence de traitement était justifiée par des éléments objectifs

³ P. Adam, Droit social, 2021. 472

⁴ Dalloz actualités, C. Couëdel, 3 mars 2021

étrangers à toute discrimination. Ayant ensuite retenu que l'employeur, d'une part, ne rapportait pas la preuve que la salariée avait, aux termes de son contrat de travail mentionnant le choix d'une rémunération sur douze mois, renoncé au bénéfice du treizième versé aux autres salariés et, d'autre part, ne produisait aucun élément pour démontrer qu'il ne s'agissait pas d'un usage, général fixe et constant, la cour d'appel en a exactement déduit, sans inverser la charge de la preuve, que la salariée devait bénéficier, comme les autres salariés placés dans une situation comparable à la sienne, d'une prime de treizième mois.

En effet, si la charge de la preuve d'un usage incombe effectivement à celui qui s'en prévaut (Soc., 4 mai 1983, n° 80-42.225, Bull., n° 229), la chambre sociale retient, en cas de litige relatif au principe d'égalité de traitement, un système de preuve partagé : il appartient au salarié qui invoque une atteinte à ce principe de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une inégalité de rémunération et il incombe à l'employeur de rapporter la preuve d'éléments objectifs justifiant cette différence. (Soc., 25 mai 2005, n° 04-40.169, Bull., n° 178).

En l'espèce, l'arrêt retient que la salariée avait établi que tous ses collègues percevaient un treizième mois dont elle-même était privée. Pour justifier cette différence de traitement, souverainement constatée par la cour d'appel, l'arrêt relève que l'employeur invoquait uniquement la clause du contrat de travail stipulant que la salariée percevrait « une rémunération brute annuelle de 46 080 euros soit 3 840 euros par mois pour 151,67 heures ». Ceci est confirmé par la lecture des conclusions de l'employeur qui soulignait que le versement d'un treizième mois était exclu, dès lors qu'il aurait nécessairement porté la rémunération annuelle à une somme supérieure à celle de 46 080 euros, contractuellement fixée à la suite de négociations entre les parties lors de l'embauche de la salariée.⁵

Il convient de souligner que la jurisprudence de la chambre sociale distingue les modalités de paiement du salaire annuel, payable en un certain nombre de mois déterminé par le contrat de travail, du versement d'une gratification complémentaire pouvant prendre la forme d'un treizième ou quatorzième mois (par exemple : Soc., 13 juin 2012, n° 10-27.395 ou Soc., 25 janvier 2023, n° 20-18.245).⁶

Dès lors, la cour d'appel qui a ainsi constaté que l'employeur ne rapportait pas la preuve d'éléments objectifs pertinents, a, sans inverser la charge de la preuve, légalement justifié sa décision en faisant droit à la demande de rappel de salaires, au titre d'une prime de treizième mois pour l'année 2018 et une partie de l'année 2019.

Le moyen n'est donc pas fondé.

4 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Le troisième moyen sollicite un revirement de jurisprudence en ce qui concerne la déductibilité des revenus de remplacement en cas de nullité du licenciement pour atteinte à un droit ou à une liberté constitutionnellement garantie et, subsidiairement,

⁵ Conclusions de l'employeur, production n° 2, p. 8 et 9

⁶ Cf. à ce propos : Lamy social, Ouvrage de base, titre 1, division 7, chapitre 1, section 2 : les formes du salaire, § 2 : les compléments au salaire de base, n° 1269, mars 2024

fait valoir que cette règle ne peut s'appliquer en cas d'atteinte à la liberté d'expression protégée par la CEDH et non par la constitution.

Il ajoute que cette indemnité ne peut se cumuler avec l'indemnité de préavis.

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5.1 Indemnité d'éviction et déduction des revenus de remplacement

Le salarié qui obtient sa réintégration à la suite de l'annulation de son licenciement peut prétendre à une indemnité d'éviction, destinée à réparer le préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration et correspondant aux salaires qu'il aurait alors dû percevoir, déduction faite des revenus de remplacement (Soc., 3 juillet 2003, n° 01-44.717, Bull., n° 214).

Par exception, lorsque la rupture du contrat de travail intervient en violation d'une liberté fondamentale, la nullité du licenciement qui en résulte permet au salarié d'obtenir, pour l'avenir, sa réintégration et, s'agissant de l'évaluation du préjudice subi, le maintien forfaitaire de la rémunération qu'il aurait dû percevoir durant la période d'éviction, sans déduction des revenus de remplacement (Soc., 2 février 2006, n° 03-47.481, Bull., n° 53).

Cette jurisprudence n'a pas été remise en cause par l'ordonnance n° 2017-1387 du 22 septembre 2017 qui encadre l'indemnité mise à la charge de l'employeur en cas de licenciement dépourvu de cause réelle et sérieuse. L'article L. 1235-3-1 du code du travail exclut du champ d'application de ce texte les licenciements entachés de l'une des nullités qu'il énumère, conférant à cette occasion une valeur législative à la règle selon laquelle est nul le licenciement portant atteinte à une liberté fondamentale :

L'article L. 1235-3 n'est pas applicable lorsque le juge constate que le licenciement est entaché d'une des nullités prévues au deuxième alinéa du présent article. Dans ce cas, lorsque le salarié ne demande pas la poursuite de l'exécution de son contrat de travail ou que sa réintégration est impossible, le juge lui octroie une indemnité, à la charge de l'employeur, qui ne peut être inférieure aux salaires des six derniers mois.

Les nullités mentionnées au premier alinéa sont celles qui sont afférentes à :

1° La violation d'une liberté fondamentale ;

2° Des faits de harcèlement moral ou sexuel dans les conditions mentionnées aux articles L. 1152-3 et L. 1153-4 ;

3° Un licenciement discriminatoire dans les conditions mentionnées aux articles L. 1132-4 et L. 1134-4 ;

4° Un licenciement consécutif à une action en justice en matière d'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes dans les conditions mentionnées à l'article L. 1144-3, ou à une dénonciation de crimes et délits ;

5° Un licenciement d'un salarié protégé mentionné aux articles L. 2411-1 et L. 2412-1 en raison de l'exercice de son mandat ;

6° Un licenciement d'un salarié en méconnaissance des protections mentionnées aux articles L. 1225-7⁷ et L. 1226-13⁸. »

⁷ grossesse et maternité, congés parental, pour maladie d'un enfant, d'adoption ou de paternité

⁸ accident du travail et maladie professionnelle

Comme le souligne la doctrine, cette notion de liberté fondamentale est difficile à cerner.⁹

Le professeur Favoreu en propose une définition simple :

*Les droits et libertés fondamentaux désignent donc tout simplement les droits et libertés protégés par des normes constitutionnelles ou (et) européennes et internationales. Ni plus ni moins. Donc tous les droits et libertés bénéficiant d'une protection constitutionnelle ou (et) internationale (ou européenne) sont des droits fondamentaux quel que soit leur degré de « fondamentalité ». (...) Toutes les libertés constitutionnelles ou internationales reconnues sont fondamentales. Il n'y a pas de distinction à faire selon que telle ou telle liberté serait plus fondamentale que d'autres dès lors que ces libertés sont protégées constitutionnellement ou internationalement.*¹⁰

La chambre sociale ne promeut pas au rang de liberté fondamentale toutes les libertés qu'elle reconnaît comme l'illustre, par exemple, l'arrêt reconnaissant au salarié la liberté de se vêtir mais précisant que celle-ci « n'entre pas dans la catégorie des libertés fondamentales » (Soc., 28 mai 2003, n° 02-40.273, Bull., n° 178).

Statuant, par un arrêt du 11 mai 2022 (Soc., 11 mai 2022, n° 21-14.490, publié), sur l'application de l'article 1235-3-1 du code du travail, la chambre a rappelé que la qualification de liberté fondamentale avait été reconnue à la liberté syndicale, en vertu de l'alinéa 6 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946 (Soc., 9 juillet 2014, n° 13-16.434, Bull., n° 186), au droit de grève protégé par l'alinéa 7 du même Préambule (Soc., 25 novembre 2015, n° 14-20.527, Bull., n° 236), au droit à la protection de la santé visé par l'alinéa 11 du même Préambule (Soc., 11 juillet 2012, n° 10-15.905, Bull., n° 218), au principe d'égalité des droits entre l'homme et la femme institué à l'alinéa 3 du même Préambule (Soc., 29 janvier 2020, n° 18-21.862, publié), au droit à un recours juridictionnel en vertu de l'article 16 de la Déclaration de 1789 (Soc., 21 novembre 2018, n° 17-11.122, publié), à la liberté d'expression, protégée par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Soc., 30 juin 2016, n° 15-10.557, Bull., n° 140).

Des arrêts récents ont précisé que ne constitue pas une liberté fondamentale de nature à justifier la non-déduction des revenus de remplacement, la prohibition des discriminations en raison de l'âge (Soc., 15 novembre 2017, n° 16-14.281, Bull., n° 193) ou l'exercice d'un mandat d'élu local (Soc., 8 mars 2023, n° 20-18.507).

A l'inverse, les revenus de remplacement ne doivent pas être déduits lorsque, par exemple, le licenciement a été prononcé en portant atteinte à la liberté du salarié d'exercer son droit de grève (Soc., 25 novembre 2015, n° 14-20.527, Bull., n° 236) ou en raison de ses activités syndicales (Soc., 9 juillet 2014, n° 13-16.434, Bull., n° 186). Il en va de même pour un licenciement prononcé en raison d'une action en justice introduite par le salarié à l'encontre de son employeur (Soc., 21 novembre 2018, n° 17-11.122, publié) ou à l'égard d'une salariée en raison de son état de grossesse,

⁹ **B. Bossu**, *Regards sur la notion de « libertés fondamentales »*, RJS 2021, 755 ; **P. Adam**, *Droits fondamentaux et droit du travail : derrière le brouillard*, Droit social 2019 p. 506 ; **S. Robin-Olivier**, *Sur quelques usages récents des droits et libertés fondamentaux*, Droit social 2019 p. 509

¹⁰ **L. Favoreu**, *Droit constitutionnel. Précis Dalloz* 2019, p. 930

caractérisant une atteinte au principe d'égalité de droits entre l'homme et la femme (Soc., 29 janvier 2020, n° 18-21.862, publié).

En synthèse, il peut être retenu que seule la violation d'une liberté fondamentale constitutionnellement garantie justifie la non-déductibilité des revenus de remplacement des sommes dues par l'employeur en cas de réintégration d'un salarié consécutive à un licenciement nul.

Cette jurisprudence est régulièrement critiquée.¹¹

Pour l'essentiel, comme l'expose le professeur Mouly, la doctrine critique cette « dualité de régimes de déduction des revenus de remplacement pour des situations qui, en réalité, sont très voisines les unes des autres » et conteste le critère de « liberté constitutionnellement garantie » lequel « laisse hors du régime protecteur de la non-déduction des hypothèses qui mériteraient pourtant d'en relever » et s'avère « d'une complexité souvent redoutable ».

Le doyen Huglo rappelle que la jurisprudence excluant la déduction des revenus de remplacement de l'indemnité d'éviction est née de la volonté de distinguer le sort des salariés protégés licencié sans aucune autorisation de l'inspecteur du travail de celui des salariés licenciés en vertu d'une autorisation ultérieurement annulée. Après avoir rappelé que la chambre sociale a refusé d'étendre cette jurisprudence sur la non-déductibilité des revenus de remplacement à la dénonciation par le salarié de faits de harcèlement moral, bien que la liberté d'expression ait été invoquée (Soc., 14 décembre 2016, n° 14-21.325, publié), il fait un rapprochement entre les deux arrêts précités des 21 septembre et 15 novembre 2017 pour proposer une définition fonctionnelle de la notion de liberté fondamentale :

Ce rapprochement permet d'en conclure que la notion de liberté fondamentale est quasiment fonctionnelle. Existe-t-elle en elle-même ? N'est-elle pas fonction de la règle qui en est déduite par la Haute juridiction par voie de conséquence ? La Cour a ainsi reconnu la nullité du licenciement du lanceur d'alerte, en référence à la liberté d'expression (Soc., 30 juin 2016, n° 15-10. 557) alors même qu'elle refuse, sur le fondement de cette même liberté d'expression, comme il a été dit, l'application de la règle de non-déductibilité.¹²

5.2 Fondement de la liberté d'expression

La chambre sociale juge que « sauf abus, le salarié jouit, dans l'entreprise et en dehors de celle-ci, de sa liberté d'expression » de sorte que « le caractère illicite du motif du licenciement prononcé, même en partie, en raison de l'exercice, par le salarié de sa liberté d'expression, liberté fondamentale, entraîne à lui seul la nullité du licenciement (Soc., 29 juin 2022, pourvoi n° 20-16.060, publié).

¹¹ On peut lire notamment : **D. Baugard**, La période d'éviction en cas de réintégration, *Rev. trav.* 2020. 185 ou **J. Mouly**, Nullité du licenciement, réintégration et déductibilité des revenus de remplacement : le cas du salarié élu local ou l'entêtement de la Cour de cassation, *Droit social* 2023, p. 458 ; **C. Radé**, Pour en finir avec la déductibilité des revenus de remplacement, *Lexbase Social*, Edition n°791 du 18/07/2019

¹² J.G. Huglo, Qu'est-ce qu'une liberté fondamentale au sens de la Chambre sociale ?, *Revue de droit du travail* 2018 p. 346

La plupart des arrêts rendus par la chambre sociale en matière de protection de la liberté d'expression le sont au visa des articles 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et L. 1121-1 du code du travail (par exemple : Soc., 20 avril 2022, n° 20-10.852, publié).

La liberté d'expression est effectivement consacrée par l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui dispose :

Article 10 - Liberté d'expression

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

Elle l'est aussi par la Charte sociale de l'Union européenne dont l'article 11 dispose :

Article 11 - Liberté d'expression et d'information

1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières.

En outre, sur le fondement de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, le Conseil constitutionnel reconnaît à la liberté d'expression une valeur constitutionnelle. A titre d'exemple, on peut citer les décisions suivantes :

Décision n° [2020-801](#) DC du 18 juin 2020

4. Aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». En l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services et de s'y exprimer.

5. L'article 34 de la Constitution dispose : « La loi fixe les règles concernant ... les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques ». Sur ce fondement, il est loisible au législateur d'édicter des règles concernant l'exercice du droit de libre communication et de la liberté de parler, d'écrire et d'imprimer. Il lui est aussi loisible, à ce titre, d'instituer des dispositions destinées à faire cesser des abus de l'exercice de la liberté d'expression et de communication qui portent atteinte à l'ordre public et aux droits des tiers. Cependant, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés. Il s'ensuit que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi.

Décision n° [2016-738](#), DC du 10 novembre 2016 :

17. Aux termes de l'article 11 de la Déclaration de 1789 : « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ». La liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés.

Décision n° [2015-478](#), QPC du 24 juillet 2015 :

16. Considérant qu'il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre, d'une part, la prévention des atteintes à l'ordre public et des infractions, nécessaire à la sauvegarde de droits et de principes de valeur constitutionnelle, et, d'autre part, l'exercice des droits et des libertés constitutionnellement garantis ; qu'au nombre de ces derniers figurent le droit au respect de la vie privée et le secret des correspondances, la liberté d'expression, les droits de la défense et le droit à un procès équitable, protégés par les articles 2, 4, 11 et 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.

Comme cela a été indiqué, la chambre sociale reconnaît la liberté d'expression comme étant une liberté fondamentale.

Toutefois, elle a approuvé une cour d'appel qui, ayant retenu qu'un licenciement était nul et constaté que le salarié avait demandé sa réintégration, a jugé qu'elle devait tenir compte du revenu de remplacement perçu entre le licenciement et la réintégration pour évaluer le préjudice subi au cours de cette période, dans la limite du montant des salaires dont le salarié avait été privé. La chambre a donc rejeté le moyen qui faisait valoir que le licenciement avait été prononcé en raison de la relation d'agissements répétés de harcèlement moral, caractérisant ainsi une atteinte à la liberté d'expression du salarié, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de sorte que les revenus de remplacement éventuellement perçus n'auraient pas dû être déduits :

Sur le moyen unique du pourvoi incident de la salariée :

Attendu que la salariée fait grief à l'arrêt condamnant l'employeur à lui payer les salaires qu'elle aurait dû percevoir et devrait percevoir, depuis la date de son licenciement jusqu'à celle de sa réintégration effective, de dire que seraient à déduire les revenus de remplacement éventuellement perçus pendant la période considérée, alors, selon le moyen, qu'en application des articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail, tout licenciement prononcé à l'égard d'un salarié pour avoir relaté des agissements répétés de harcèlement moral est nul sauf mauvaise foi du salarié, que dès lors qu'un tel licenciement nul caractérise une atteinte à la liberté d'expression du salarié garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction et la date de sa réintégration peu important qu'il ait ou non reçu des salaires ou revenus de remplacement pendant cette période, qu'en l'espèce, après avoir jugé que le licenciement de la salarié était nul comme prononcé en raison de la dénonciation de bonne foi par la salariée de faits de harcèlement moral, la cour d'appel a jugé que la salariée avait droit au versement des salaires qu'elle aurait dû percevoir entre son licenciement et la date de sa réintégration, sauf à déduire les revenus de remplacement qu'elle avait pu percevoir, qu'en statuant ainsi, la cour d'appel a violé les articles L. 1152-2 et L. 1152-3 du code du travail, ensemble l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen et l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Mais attendu que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'est écoulée entre son licenciement et sa réintégration, dans la limite du montant des salaires dont il a été privé ;

Et attendu qu'ayant retenu que le licenciement était nul, la cour d'appel, qui a constaté que la salariée avait demandé sa réintégration, a exactement retenu qu'elle devait tenir compte du revenu de remplacement servi à celle-ci pendant la période s'étant écoulée entre le licenciement et la réintégration ;

Soc., 14 décembre 2016, n° 14-21.325, Bull., n° 248

5.3 Indemnité d'éviction et préavis

Lorsque le licenciement est nul mais que la réintégration n'est pas ordonnée, le salarié a droit à l'indemnité compensatrice de préavis (Soc., 5 juin 2001, n° 99-41.186, Bull., n° 211). Si la rupture du contrat de travail avait été précédée d'un délai de préavis, le salarié ne peut pas prétendre au paiement d'une indemnité à ce titre (Soc., 30 juin 2010, n° 09-41.349, Bull., n° 153).

Enfin, le salarié dont le licenciement est nul et qui obtient sa réintégration ne peut pas prétendre au paiement d'indemnités de rupture qui viendraient s'ajouter à l'indemnité d'éviction (Soc., 11 juillet 2012, n° 10-15.905, Bull., n° 218).

5.4 Application en l'espèce

Première branche

L'arrêt retient que le licenciement constitue une mesure de rétorsion à un courriel de la salariée et caractérise une violation de la liberté d'expression de la salariée et ajoute « la cour considérant que la violation de la liberté d'expression, droit fondamental de la salariée, est caractérisée prononce la nullité du licenciement en application de l'article L. 1235-3-1 1° du code du travail. »

Il fait ensuite droit à la demande de réintégration de la salariée puis ajoute « la nullité du licenciement ayant été prononcée pour violation d'un droit ou d'une liberté ayant une valeur constitutionnelle, les revenus perçus par la salariée pendant la période écoulée entre son licenciement et sa réintégration ne peuvent être déduits contrairement à ce que sollicite l'employeur. » Il condamne donc l'employeur à payer à la salariée une indemnité équivalente aux salaires qu'elle aurait dû percevoir depuis son licenciement jusqu'à sa réintégration sur la base d'un salaire mensuel brut de 3 901,44 euros sans déduction des revenus de remplacement.

Le mémoire ampliatif, rappelant les critiques formulées par la doctrine, soutient que la distinction dans l'indemnisation due au salarié dont la réintégration est ordonnée, selon que le licenciement nul porte ou non atteinte à un droit ou à une liberté constitutionnellement garantie, doit être abandonnée.

Il relève que l'article L. 1235-3-1 du code du travail ne prévoit pas d'indemnisation différenciée selon les cas de nullité du licenciement en l'absence de réintégration et ajoute qu'il n'y a pas plus de raison de distinguer en présence d'une réintégration.

Il fait valoir que, en vertu du principe de la réparation intégrale du préjudice, les dommages et intérêts alloués à une victime doivent réparer le préjudice subi par elle, sans qu'il en résulte pour elle ni perte ni profit. Il souligne que, en refusant dans certains cas de nullité du licenciement, la déduction des revenus de remplacement de l'indemnité due au salarié ayant obtenu sa réintégration, la Cour de cassation lui permet de percevoir, contrairement à ce principe, une indemnisation plus élevée que son préjudice.

Il soutient donc, à titre principal, qu'il convient de juger, dans tous les cas de nullité du licenciement, que le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une somme correspondant à la réparation de la totalité du préjudice subi au cours de la période qui s'écoule jusqu'à sa réintégration, dans la limite du montant des salaires

dont il a été privé, déduction faite des revenus perçus par ailleurs, notamment d'un autre employeur.

A titre subsidiaire, il fait valoir que la chambre sociale considère la liberté d'expression comme une liberté fondamentale, sur le fondement de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et non d'un texte constitutionnel. Il en déduit que le critère habituellement mis en œuvre doit conduire à admettre la déduction des revenus de remplacement en cas de licenciement prononcé en violation de la liberté d'expression.

☞ Le mémoire en défense fait valoir que l'arrêt rappelle, à juste titre, que la nullité du licenciement est prononcée en raison d'une violation d'un droit ou d'une liberté ayant une valeur constitutionnelle. Il souligne que la liberté d'expression, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qui appartient au bloc de constitutionnalité, est une liberté fondamentale à valeur constitutionnelle.

Il cite à ce propos l'analyse du professeur Radé selon lequel le salarié dont le licenciement est annulé n'a pas droit à une indemnité réparatrice mais au paiement d'une créance de nature salariale, égale au montant des salaires dont il a été privé, excluant toute idée de déductibilité des revenus de remplacement.¹³ Il suggère en conséquence une évolution de la jurisprudence mais pour prévoir la non-déduction des revenus de remplacement pour tous les salariés dont le licenciement est nul, en raison de l'atteinte portée à une liberté fondamentale, qu'elle soit ou non constitutionnellement garantie.

Il appartiendra à la chambre de se prononcer sur les mérites de cette première branche du troisième moyen.

Seconde branche

L'arrêt, après avoir rappelé que la salariée faisait valoir que la date d'expiration de son délai de préavis était le 4 avril 2019 mais qu'elle n'avait pas été payée pour la période du 1^{er} au 4 avril 2019, a fait droit à sa demande en condamnant l'employeur à lui payer une somme de 720,25 euros à ce titre.

Le dispositif de l'arrêt condamne ensuite notamment l'employeur à payer, d'une part, une indemnité équivalente aux salaires que la salariée aurait dû percevoir depuis son licenciement jusqu'à sa réintégration et, d'autre part, la somme de 720,25 euros brut au titre du reliquat de préavis pour la période du 1^{er} au 4 avril 2019 outre 72,02 euros au titre des congés payés afférents.

☞ Le mémoire ampliatif fait valoir que le salarié dont le licenciement est nul et qui demande sa réintégration ne peut prétendre, lorsqu'il a déjà perçu l'indemnité compensatrice de préavis, aux salaires dès la date de son licenciement mais seulement à compter de l'issue du préavis, faute de quoi il serait rémunéré deux fois par le même employeur pour la même période.

☞ Le mémoire en défense indique que la cour d'appel s'est strictement conformée à la jurisprudence de la Cour de cassation selon laquelle, lorsque le licenciement est nul

¹³ C. Radé, *article précité (et, dans le même sens, l'article précité du professeur Bogard)*

comme portant atteinte à une liberté fondamentale constitutionnellement garantie, le salarié qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'il aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration.

Il estime qu'en condamnant l'employeur à verser à la salariée « l'ensemble des salaires qu'elle aurait dû percevoir » pendant la période d'éviction, elle ne l'a pas condamné à verser les salaires qu'elle aurait déjà perçus au titre du préavis.

☞ Il appartiendra à la chambre sociale de se prononcer sur les mérites de cette seconde branche du troisième moyen.

Si, à l'issue de son délibéré, elle décidait de casser l'arrêt attaqué uniquement sur la seconde branche de ce troisième moyen, cette cassation pourrait être prononcée sans renvoi, la chambre statuant alors au fond en jugeant que l'indemnité équivalente aux salaires que la salariée aurait dû percevoir est due seulement à compter de l'expiration du délai de préavis, soit à compter du 5 avril 2019.

En effet, il ressort des constatations de l'arrêt que la date d'expiration du délai de préavis était le 4 avril 2019 et que la salariée a été rémunérée à ce titre jusqu'au 30 mars 2019, l'employeur étant en outre condamné par l'arrêt à payer le solde dû pour la période du 1^{er} au 4 avril 2019. Elle a donc été remplie de ces droits au titre du préavis.